Welche Zwecke verfolgte die exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat, und wie werden diese Zwecke im heutigen Recht erreicht?

INAUGURAL-DISSERTATION,

der

Hohen juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Karl-Ehrenfried Fritsch,

Referendar.

BRESLAU

Buchdruckerei A. Favorke

1908

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Correferent: Professor Dr. Schott.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0025

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Die Stellung der exceptio, quod präjudicium hereditati non fiat im System des römischen Rechts. 11

Erster Teil.

Welche Zwecke verfolgte die exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat?

A

Die exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat im allgemeinen.

§ 1

Der geschichtliche Ursprung der exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat. 14

I. Die Zeit des Legisaktionenverfahrens 14

II. Die Zeit des Formularverfahrens 14

1. Die praescriptio pro actore, bewirkend

a) eine Teilung der Ansprüche des Klägers 14

b) eine Teilung der Klagegründe 15

2. Die praescriptio pro reo 15

III. Das Verschwinden der praescriptio aus der formula . . . 16

IV. Hypothesen über das Verschwinden der praescriptio . . 16

§ 2

Die Interpretation des Wortlauts der exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat. 18

I. Ihre Wortformen 18

II. Die Bedeutung von hereditas 18

III. Die Bedeutung von praejudicium 19

1. Die unrichtige Theorie von J. W. Planck 19

a) der ältere Sprachgebrauch 19

b) der jüngere Sprachgebrauch 19

Seite

2. Die übereinstimmende richtige Theorie von:
a) Dernburg 20
b) Francke und 20
c) Bülow 20

§ 3

Die Stellung der exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat in der Lehre von den Präjudizien. 20

I. Die Wissenschaft vor J. W. Planck 20
II. J. W Planck und seine Anhänger 20
III. Die Theorie von Bülow: 21
1. Es ist zu unterscheiden zwischen Präjudizialdekret und Präjudizialeinrede 21
2. Es gibt nur drei Präjudizialeinreden 22

§ 4

Die Voraussetzungen der exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat. 23

I. Die exceptio richtet sich nur gegen den petitor hereditatis 23
II. Die hereditatis petitio muß, wenn der Beklagte mit Einzelklagen belangt wird, auch zulässig sein 23
III. Der Beklagte muß sich im Besitz des Nachlasses befinden 24
IV. Beklagter ist, wer pro herede oder pro possessore possidet 24

B

Die Zwecke der exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat im besonderen. 25

§ 5

I. Die Einrede verfolgte nicht prozessuale Zwecke; unrichtig daher:
1. Die Theorie von J. W. Planck, die Einrede habe eine Verhinderung der Nebenklage bis zur Entscheidung der Hauptklage bezweckt, damit dem Zentumviralgericht nicht ein praejudicium entstehe 25
2. Die Theorie v. Dernburg über die prozessualen Zwecke:
a) ne (reus) singulis judiciis vexaretur 26
b) auctoritas et magnitudo centumviralis judicii . . . 27
II. Die Einrede verfolgte nur den einen materiellen Zweck: der Beklagte soll die günstige Lage nicht einbüßen, die ihm die H. P. gewährt 28
III. Die Einrede bezweckt auch den Schutz eines Dritten . . 31

§ 6

Das Anwendungsgebiet der hereditatis petitio einerseits und der erbschaftlichen Singularklagen andererseits. 32

Seite
I. Die Universalklage 32
II. Die Singularklagen 33

Zweiter Teil

Wie wird der Zweck der exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat im heutigen Recht erreicht?

§ 7

A: Geschichtliches.

I. Deutsches Recht 34
II. Gemeines Recht 35
III. Allgemeines Landrecht 35
IV. Code civil 36
V. Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch 36
VI. Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch 37
VII. Die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 37
1. Entwurf erster Lesung 37
2. Entwurf zweiter Lesung, Bundesrats- und Reichstagsvorlage 38

§ 8

B: Heutiges Reichsrecht.

I. § 2029 des BGB. verfolgt denselben Zweck wie die römische Einrede 39
II. Erreichung dieses Zweckes: Vorgehen von Amtswegen . . 40
a) auch wenn die Lage des Beklagten verschlechtert wird 41
b) unbeschadet der Wahl des Erben zwischen Erbschaftsklage und Einzelklagen 42
c) ebenso im Fall der heute sogenannten hereditatis petitio utilis 42
d) nicht aber, wie im römischen Recht, zu Gunsten eines Dritten 43

§ 9

Erbschaftsklage und Einzelklagen.

I. Die Erbschaftsklage 43
II. Erbschaftliche Einzelklagen 44
Schlußergebnisse 45

Literaturverzeichnis [1])

Arndts: Pandekten 13. Aufl. Stuttgart 1886.

Arndts: Die hereditatis petitio: in Arndts Zivilistischen Schriften Bd. II. Nr. 45, Stuttgart 1873 und: in Weiskes Rechtslexikon Bd. V Leipzig 1844.

von Bethmann-Hollweg: Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Bd. II: Der römische Zivilprozeß. 2. formulae. Bonn 1865.

von Bethmann-Hollweg: Versuche über einzelne Teile des Zivilprozesses. Berlin und Stuttgart 1827.

Boehm: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Hannover 1900.

Brackenhöft: Die Identität und materielle Konnexität der Rechtsverhältnisse.

Brinz: Pandekten Bd. III. 2. Aufl. Erlangen 1886.

Bülow: Die Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen. Giessen 1868.

Bülow: De praejudicialibus exceptionibus. Heidelberg 1863.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. II. 1. u. 2. Aufl. Jena 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB. Berlin 1896.

Dernburg: Das BGB. Bd. V. Erbrecht. Halle 1905.

Dernburg: Pandekten Bd. III. 5. Aufl. Berlin 1897.

Dernburg: Preußisches Privatrecht. Bd. III. 3. Aufl. Halle 1884.

Dernburg: Über das Verhältnis der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Einzelklagen. Heidelberg 1852.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB.; herausgegeben von R. Leonhard. Bd. III. 1 u. 2. Aufl. Berlin 1904.

Endemann: Lehrbuch des BGB. Bd. III. 3.—5. Aufl. Berlin 1899.

[1]) Die Abkürzungen in den Anmerkungen und eventuell im Text beziehen sich auf dieses Literaturverzeichnis.

Enneccerus-Lehmann: BGB. Bd. II (Lehmann) 1. Aufl. Marburg 1899.
Francke: Exegetisch-dogmatischer Kommentar über den Pandektentitel: de hereditatis petitione. Göttingen 1864.
Fitting: Archiv für zivilistische Praxis. Bd. II.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. Bd. VI. 6. Aufl. Berlin 1903.
Fischer-Henle: Handausgabe des BGB. 6. Aufl. München 1904.
Frommhold: Das Erbrecht des BGB. (Kommentar). 1. Aufl. Berlin 1900.
Gaub-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 8 und 9. Aufl. Tübingen 1906.
Glück: Ausführliche Erläuterungen zu den Pandekten. Bd. VII. Erlangen 1804.
Gradenwitz: Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1887.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.
Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. I. Leipzig 1886.
Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. II. Leipzig 1886.
Keller: Römischer Zivilprozeß, 6. Ausgabe von Wach. Leipzig 1883.
Koch: Das preußische Erbrecht. Berlin 1866.
Köppen: Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. 2. Abt. Würzburg 1888.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. III. 2. Aufl. Berlin 1904.
Laband: Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. Königsberg 1869.
Landsberg: Das Recht des BGB. Bd. II. 1. Aufl. Berlin 1904.
Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB. Leipzig 1903.
Leinweber: Die hereditatis petitio. Berlin 1899.
Leist: in Glücks Erläuterungen zu den Pandekten. Serie der Bücher 37 und 38, Teil 1.
Leist: De praejudiciis in concursu causarum criminalium et civilium. Göttingen 1840.
Lenel: Über Ursprung und Wirkung der Exzeptionen. Heidelberg 1876.
R. Leonhard: Der Erbschaftsbesitz (Jena 1899) in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reichs: II, 2.
Matthiafs: Lehrbuch des BGB. Bd. II: Berlin 1899.
Fr. Mommsen: Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven. Braunschweig 1876.
Th. Mommsen: Ausgabe von Justinians Pandekten. Berlin 1870.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich. Bd. V. 1888.
Müller-Meikel: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs. Bd. II. 2. Aufl. München 1904.
Neumann: Handausgabe des BGB. Bd. II. 3. Aufl. Berlin 1903.
Pfersche: Privatrechtliche Abhandlungen. Erlangen 1886.
Philler: Vorlesungen über das BGB. Leipzig 1899.

G. Planck-Ritgen: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. V. 1. + 2. Aufl. Berlin 1902.

J. W. Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht. Göttingen 1844.

J. W. Planck: Die Rezension von Bülows oben zuerst genannten Schrift in der KVS. Bd. XI. No. 6. München 1869.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB. Bd. V. Berlin 1899.

Puchta: Institutionen Bd. I u. II. 9. Aufl. Leipzig 1881.

Renaud: Zivilprozeßrecht.

Rudorff: Römische Rechtsgeschichte. Bd. II. Leipzig 1859.

v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. Bd. V u. Bd. VI. Berlin 1847.

Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. I. 9. Aufl. München 1904.

Siebenhaar: Wort- und Sachregister zum sächsisch. BGB. 2. Aufl. Leipzig 1865.

Siegmund Schlofsmann: Litis contestatio. Studien zum römischen Zivilprozeß. Leipzig 1905.

Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. V. München 1902.

Strohal: Das Deutsche Erbrecht. 2. Aufl. 1901.

Unger: System des österreichischen Privatrechts. Bd. VI. 4. Aufl. Leipzig 1894.

v. Vangerow: Pandekten Bd. II. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1867.

Wetzell: System des ordentlichen Zivilprosesses. 3. Aufl. Leipzig 1878.

Windscheid: Pandekten Bd. I. 8. Aufl. Frankfurt a M. 1900 und Bd. III. 9. Aufl. Frankfurt a/M, 1906.

Zachariae-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts. Bd. IV. 8. Aufl. Freiberg i. B 1895.

Zeiller: Kommentar des österreichischen BGB. Bd. II. Abt. 2. Wien und Triest 1812.

Zimmern: Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Justinian. Bd. III. Heidelberg 1829.

Einleitung.

Nach römischem Rechte fällt bekanntlich der Nachlaß gemäß dem Prinzipe der Gesamtnachfolge (successio in universum jus, quod defunctus habuerit[1]) dem Erben als eine Vermögensgesamtheit an. Hinsichtlich der einzelnen Nachlaßgegenstände aber tritt der Erbe mit dem Erbschaftserwerb in die Rechtsstellung des Erblassers ein. Vermöge dieser seiner doppelten rechtlichen Stellung zum Nachlasse kann der Erbe zur Erlangung der Nachlaßgegenstände auch in doppelter Weise gegen jemanden vorgehen, der ihm diese Gegenstände vorenthält.

Der Erbe hat nämlich:

1. eine Universalklage, die hereditatis petitio,
2. eine Reihe von Singularklagen, so vor allem die rei vindicatio.

Die hereditatis petitio richtet sich

a) gegen den pro herede possessor,
b) gegen den pro possessore possessor.

Die Abgrenzung dieser Begriffe ist bestritten[2]).

Nach der einen Ansicht[3]) gehört zum Begriff des pro herede possessor bona fides. Pro possessore possessor ist der

---

[1]) D. 50, 17, 62.
[2]) Vgl. Strahal S. 546[1].
[3]) so Köppen S. 295[3], Fitting S. 242[150].

praedo, der weiß, daß er keinen Besitztitel hat, der malae fidei possessor, der ex injusta causa besitzt; irrelevant ist, wie der eine oder der andere zu besitzen behauptet; denn nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest[4]).

Nach der anderen, wie mir scheint, richtigeren Ansicht[5]) ist pro herede possessor auch der malae fidei possessor, wenn er behauptet, Erbe zu sein. So Ulpian gestützt auf Arrian und Proculus[6]). Nach l 11 § 1 bis l 13 D 5, 3 ist pro possessore possessor nicht jeder praedo; denn praedo schlechthin bezeichnet jeden malae fidei possessor. Vielmehr nur ein solcher“ [7]) praedo ist pro possessore possessor, der

„1. selbst nicht durch eine Lüge wagt sich als Erben auszugeben; wagt er es, so besitzt er wohl mala fide, aber pro herede.

„2. wer nicht imstande ist, für seinen Besitz einen richtigen Erwerbsgrund anzugeben (nec ullam causam possessionis dicere potest).“ [8])

Die Singularklagen gehen aus den einzelnen zum Nachlaß gehörenden Rechtsverhältnissen hervor. Sie greifen gegen jemanden Platz, der titulo singulari eine Erbschaftssache besitzt[9]).

Erhob nun der Erblasser zur Geltendmachung des der Klage entsprechenden Anspruchs eine Singularklage, anstatt die hereditatis petitio anzustrengen, so konnte der Beklagte mit der exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat die Abweisung der Singularklage verlangen. Über dieses Rechtsinstitut herrschte lange tiefes Dunkel. Das Verdienst, einige Klarheit über diese exceptio geschaffen zu haben, gebührt J. W. Planck (Rechtsstreitigkeiten 1844) und vor allem Dernburg (Verhältnis

---

[4]) D 41, 2, 3, 19.

[5]) so Vangerow § 505, Brinz S. 224, Windscheid III § 614[4] Leist in Glücks Pand. S. 256 ff. Dernburg Verh. S. 51, besonders aber Francke S. 138 u. a.

[6]) Vgl. D 5, 3, 11 pr.

[7]) vgl. R. Leonhard § 8 S. 47 und die anderen treffenden Ausführungen des § 8 daselbst.

[8]) Francke S. 140.

[9]) Francke S. 139, Dernburg Pand. III. S. 351.

1852.) Völlige Klarheit brachten erst Bülows „Prozeßeinreden“ (Gießen 1868).

Im Folgenden ist der Versuch gemacht, zu zeigen, welche Zwecke die exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat verfolgte und wie diese Zwecke im heutigen Recht erreicht werden.

Erster Teil.

Welche Zwecke verfolgte die exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat?

A.

Diese exceptio im allgemeinen.

§ 1.

Der geschichtliche Ursprung dieser exceptio.

Für das bessere Verständnis der Zwecke, welche unsere exceptio verfolgte, ist es erforderlich, zunächst von ihr im allgemeinen zu handeln, und hierbei interessiert in erster Linie ihr geschichtlicher Ursprung.

I. In der Zeit des Legisaktionenverfahrens lag für den Erben kein Bedürfnis vor, eine solche Einrede zu gebrauchen, weil die hereditatis petitio umfangreicher war und man den Nachbarn und Mitbürger mit einer Menge von Singularklagen zu belästigen für unerhört gehalten hätte [1]).

II. Eine Änderung dieses Zustandes trat erst ein, als die lex Aebutia im Jahre 200 vor Christus das Verfahren per formulas einführte und neben das Legisaktionenverfahren stellte.

1. a) Im Formularverfahren [2]) mußte der Kläger in der demonstratio das Rechtsverhältnis, aus dem er seinen Anspruch herleitete, vollständig angeben. So sagt Gajus [3]): Si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in judicium dedu-

---

[1]) Dernburg Verh. S. 4.

[2]) Dernburg Verh. S. 26 ff.

[3]) Institutionen IV § 58 (Ausgabe von Krüger und Studemund, Berlin 1891).

citur et ideo res in integro manet; et hoc est, quod dicitur falsa demonstratione rem non perimi.

Wollte sich der Kläger aber auf einen Teil der obligatio beschränken, so war seine Klage ohne Wirkung. Um dieser Härte zu steuern, gab der Prätor dem Kläger die Erlaubnis, der demonstratio eine praescriptio anzuhängen.

In diesem „sehr Verschiedenes begreifenden“ [4]) Teil der formula kam der besonders begehrte Teilanspruch zum Ausdruck; die anderen aus dem Rechtsverhältnis entspringenden Ansprüche aber wurden von der Konsumtion ausgeschlossen. Die praescriptio bedeutete also zunächst eine Teilung der Ansprüche des Klägers.

b) Ferner enthält die praescriptio vermutlich, wie Savigny [5]) nachgewiesen zu haben glaubt, eine Teilung der Klagegründe.

2. Außer diesen praescriptiones zu Gunsten des Klägers gab es auch praescriptiones pro reo, die aber schon zur Zeit von Gajus verschwunden sind:

G. IV. § 133: sed his quidem temporibus omnes praescriptiones ab actore proficiscuntur, olim autem quaedam et pro reo opponebantur.

Als Grund, weshalb diese „Zusätze des Beklagten“ [6]) praescriptiones hießen, führt Gajus [7]) an, quia ante formulas praescribebantur [8]). Nach Dernburg [9]) ist der wahre Grund ein

---

[4]) vgl. v. Bethmann-Hollweg Zivproz. II. S. 399 u. 400[71] und Bülow Prozeinr. S. 96[29].

[5]) System VI Beilage 17; vgl. auch Dernburg Verh. S. 30[11].

[6]) Dernburg Verh. S. 32.

[7]) G IV § 132, vgl. auch v. Bethm.-Hollweg Zivproz. S. 399.

[8]) Vgl. Schloßmann litis contestatio § 4 S. 31 f.

Er wendet sich in § 4 gegen die Schriftformel des Formularprozesses. Zu der Frage, weshalb „diese Zusätze des Beklagten“ praescriptiones hießen, nimmt Schloßmann nicht präzise Stellung. Die Frage ist für ihn an dieser Stellung nicht von Wichtigkeit. Er sagt aber im Sinne seiner Ausführungen gegen die Schriftformel des Formularprozesses: wenn auch Gajus (IV §§ 131—133) von den praescriptiones berichte, sie trügen ihren Namen, weil sie vor die Formeln geschrieben worden wären, so zwinge — der berechtigte auch bloß — dies doch noch nicht zu der Annahme, die Schriftformeln wären „obligatorisch“ gewesen. Allerdings wäre „das Voranschreiben der als praescriptiones bezeichneten

anderer. Die praescriptiones pro actore brachten nämlich unter Umständen auch dem Beklagten Vorteil, da die condemnatio beim Vorliegen einer praescriptio nur auf gewisse Leistungen beschränkt wurde, der Beklagte also nur einen Teil der obligatio zu erfüllen brauchte. Dieses Interesse des Beklagten kleidete der Prätor in eine praescriptio pro reo, wie uns ein von Gajus[10]) angeführtes Beispiel beweist, das von einer praescriptio pro reo spricht, durch die eine Teilung der Klaggründe bewirkt wurde. Und zwar nennt das Beispiel gerade die praescriptio, von deren Zwecken die vorliegende Arbeit handelt:

qualis illa erat praescriptio: ea res agatur, si in ea re praejudicium hereditati non fiat.

III. Später, ob schon zur Zeit Ciceros, wie von Bethmann-Hollweg[11]) das olim bei Gajus (IV § 133) versteht, was Bülow[12]) bestreitet, oder erst bei Gelegenheit der julianischen Ediktsredaktion, wie Bülow und Dernburg[13]) glauben, sei dahingestellt, kurzum in späterer Zeit trat anstelle des Wortes praescriptio vielfach der Ausdruck exceptio, und es findet sich nunmehr ein häufiges Abwechseln dieser beiden Bezeichnungen. Schließlich hat die exceptio die praescriptio gänzlich aus dem Felde geschlagen.

IV. Über das Verschwinden der praescriptio des Beklagten aus der formula und ihre neue Erscheinungsform in Gestalt der exceptio sind verschiedene Hypothesen aufgestellt. Sie kranken aber alle daran, daß in ihnen nicht Klarheit über das Wesen der praescriptio herrscht.

Der Unterschied zwischen beiden ist folgender. Die praescriptio verhindert die Konsumtion[14]) der Klage. Die exceptio

---

Klauseln überall notwendig" gewesen, „wenn die Formel geschrieben wurde". Auf die Beantwortung der Frage, warum man diese Klauseln praescriptiones nannte, läßt sich Schloßmann nicht ein.

[9]) Verh. S. 33.

[10]) IV § 133.

[11]) Zivproz. II S. 402[82].

[12]) Prozeinr. S. 236[132].

[13]) Verh. § 5 am Ende.

[14]) Bestritten; vgl. Pfersche, S. 309[1].

dagegen bewirkt, daß der Kläger den Prozeß verliert und über diese Sache nicht mehr verhandelt werden darf.

Nach den Erklärungsversuchen, welche über das Verschwinden der praescriptio aus der formula gemacht worden sind [15] [16]), soll der Prätor die praescriptio willkürlich abgeschafft haben.

Dies aber widerspräche, wie Dernburg [17]) hervorhebt, der römischen Rechtsentwicklung, und Gajus berichtet auch gar nicht, daß alle praescriptiones pro reo zu exceptiones geworden seien; nur von der praescriptio, si in ea re hereditati praejudicium non fiat ist dies mit Bestimmtheit überliefert.

Der Grund, weshalb die praescriptio verschwand, ist vielmehr folgender. Ursprünglich kognoszierte [18]) der Prätor selbst über die Zulässigkeit der Singularklage. Nur ausnahmsweise überließ er die Entscheidung darüber einem arbiter. Allmählich aber mußte der Prätor immer häufiger einen arbiter ernennen, und so erschien es ihm zweckmäßiger, „die Untersuchung der Zulässigkeit der Klage bald an den Richter der Hauptsache zu verweisen". Der Prätor wies nunmehr den Richter ein für alle mal an, in einer Ausnahme vom Kondemnationsbefehl — der exceptio — die Rechte des Beklagten zu berücksichtigen.

Jetzt wählte der Beklagte anstelle der praescriptio regelmäßig die exceptio, die ihm die größere Sicherheit gewährte. Denn während er, wie (oben S. 16) erwähnt, durch die praescriptio bloß erreichte, daß der Anspruch des Klägers nur nicht zur Verhandlung kam, aber nicht konsumiert wurde, verschaffte die exceptio dem Beklagten gerade die Konsumtion des vom Kläger begehrten Anspruchs.

---

[15]) Puchta, S. 175.
[16]) Savigny, Bd. V, S. 164.
[17]) Verh. S. 17.
[18]) Vgl. Lenel, S. 44 ff.

§ 2.

Die Interpretation des Wortlauts der exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat.

Nachdem nunmehr der geschichtliche Ursprung bekannt geworden ist, drängt sich die Frage auf, was der Wortlaut der exceptio eigentlich bedeutet.

I. Anstelle der Form „quod praejudicium hereditati non fiat" findet sich auch die Ausdrucksweise „si praejudicium hereditati non fiat" [1]) und „ne praejudicium hereditati fiat" [2])[3]).

Es besagt somit die exceptio: weil (wenn, damit) der hereditas nicht ein praejudicium erwachsen soll.

II. In der Hauptsache handelt es sich also um die Interpretation der Ausdrücke hereditas und praejudicium.

Beide sind bestritten.

Hereditas bedeutet nach der einen Ansicht [4]) soviel wie Erbrecht, nach der anderen meines Erachtens allein richtigen Ansicht [5]) im objektivem Sinne vom Standpunkt des Erblassers den Nachlaß, vom Standpunkt des Erben die Erbschaft.

Unger [6]) nennt diesen Streit einen müßigen, weil niemand aus seiner Ansicht eine praktische Konsequenz gezogen habe.

Windscheid [7]) dagegen hat doch eine praktische Konsequenz gefunde, wenn auch nicht für seine Ansicht, sondern nur für die von Arndts, nämlich die, „daß die Erbschaftsklage auch angestellt werden könne ohne tatsächliche Vorenthaltung der Erbschaft bei bloß wörtlicher Bestreitung des Erbrechts".

Zu beachten ist [8]) daß die exceptio lautet: „quod p. hereditati n. f.," nicht cognitioni s. judicio. Die exceptio soll also

---

[1]) D 10, 2, 1, 1: Gajus IV, § 133.

[2]) C 3, 31, 12 pr. [3]) Zu beachten ist die von der Regel (si . . . . non . . . .) abweichende Ausdrucksweise: quod . . . . non und ne . . . .

[4]) So Arndts, Pand. § 531[2]: Glück, Pand. VII, S. 512 ff. u. a.

[5]) So Francke, S. 2; Brinz, S. 215 ff; Köppen, S. 291[3]; Windscheid, III, § 611[3]: Endemann, § 119[4]: vor allem Dernburg, Verh. S. 13[2].

[6]) § 50[2].

[7]) Vgl. oben Anm. 5.

[8]) Bülow, Prozein. S. 118 u. 170.

ein praejudicium verhindern, welches für einen Gegenstand, die Erbschaft, nicht aber für einen Prozeß zu besorgen ist.

III. 1. Was die Bedeutung von praejudicium betrifft, so unterscheidet J. W. Planck[9]) zwischen einem älteren und einem jüngeren Sprachgebrauch.

a) Nach dem älteren zur Zeit Ciceros und Quintilians läßt sich das Wesen von praejudicium in doppelter Hinsicht charakterisieren:

erstens: praejudicium ist wohl zu unterscheiden von res judicata. Res judicata jus facit inter partes, d. h. die Entscheidung derselben Frage unter denselben Parteien (eadem res inter easdem partes) ist ein zweites Mal nicht mehr möglich[10]).

zweitens: praejudicium bedeutet vielmehr eine Entscheidung, der man sich später anschließen kann und anzuschließen pflegt[11]). Wesentlich für ein praejudicium ist

α) auctoritas eorum, qui pronuntiaverunt und

β) similitudo rerum, de quibus quaeritur.

b) Im jüngeren Sprachgebrauch zur Zeit der klassischen Juristen und der späteren Kaiser ist unter praejudicium nicht mehr eine Entscheidung zu verstehen, der man sich bloß gewöhnlich anschloß. Man wich vielmehr nur noch ungern von früheren Entscheidungen ab. So entwickelte sich nach und nach eine völlige Gebundenheit, schließlich heißt praejudicium nicht mehr „die Entscheidung, die bindet, sondern die Gebundenheit selbst“ und wegen der damit verbundenen Unannehmlichkeiten: „der Nachteil, der darin besteht, daß man durch eine frühere Entscheidung gebunden ist“[12]). Nur in diesem Sinne kennt Justinian das praejudicium[13]).

---

[9]) S. 179 ff.

[10]) vgl. J. W. Planck S. 206.

[11]) zustimmend: von Bethmann-Hollweg Zivproz. II S. 400 und 401 Anm. 76.

[12]) Planck S. 191

[13]) ähnlich Wetzell § 64 S. 705

2. a) Gegen diese Ausführungen wendet sich mit Recht Dernburg [14]). Der Begriff dieses „vieldeutigen Wortes“ muß ein weiterer sein, als Planck annimmt, und wird von Raivardus [15]) treffend mit den Worten gekennzeichnet:

uno enim modo praejudicium dicebant Romani quasi praejudicatum. praejudicatum antem erat prius judicare, quemadmodum praejudicare prius judicare.

b) Ähnlich Francke [16]). Praejudicium ist ganz allgemein nur „ein judicium, das einer anderen Sache vorausgeht oder schon vorausgegangen ist; nicht mehr und nicht weniger.“

c) So auch Bülow [17]). Praejudicium hat die natürliche Bedeutung von früherer Entscheidung, ebenso wie praejudicare die von : eher aburteilen, eher entscheiden.

Demnach ist der Wortsinn [18]) der exceptio, quod praejudicium hereditati von fiat: weil der Erbschaft eine frühere Entscheidung nicht erwachsen soll.

§ 3.

Die Stellung der exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat in der Lehre von den Praejudizien.

I. Bis weit über die Mitte des vorigen Jahrhunderts hinaus herrschte eine ungeheure Verworrenheit in der Lehre von den Präjudizien. Unter den Vertretern dieser alten Lehre ist vor allem zu nennen: von Bethmann-Hollweg [1]), Brackenhöft [2]), Leist [3]), Zimmern [4]) und zuletzt Friedrich Karl von Savigny [5]).

II. Einen erheblichen Fortschritt in dieser Lehre bedeutete J. W. Plancks „Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeß-

---

[14]) Verh. S. 11 f.
[15]) de praejudiciis 1 I C 1.
[16]) S. 81 f.
[17]) Prozeinr. S. 113, 117, 123, 170.
[18]) vgl. Francke S. 84 Ende.
[1]) Versuche. S. 123 ff.
[2]) S. 351—463.
[3]) de praej,
[4]) § 96 u. § 97 S. 296 ff.
[5]) VI S. 435—437.

recht“ (Göttingen 1844). Auf seinen Schultern stehen im wesentlichen Keller[6]), Puchta[7]) Rudorff[8]) und besonders Wetzell[9]); selbständiger und genauer Dernburg[10]): fast völlig auf dem alten Standpunkt Francke[11]).

In weiten Umrissen ist ihre Präjudiziallehre folgende. Es gibt nur das eine Rechtsinstitut der Präjudizialeinrede; ein Präjudizialdekret ist ihnen unbekannt. Demgemäß unterscheiden sie nicht zwischen einem praejudicium futuri und pendentis judicii, nicht zwischen einem Einschreiten der Prozeßleitung von Amtswegen und auf Antrag des Beklagten. Es gilt ferner ganz allgemein der Grundsatz, daß einem zukünftigen wichtigeren Prozeß durch einen unwichtigeren nicht präjudiziert werden dürfe.

III. Erst durch Bülow[12]) ist diese ganze Lehre umgestoßen und auf eine neue Basis gestellt worden.

1. Es ist aufs schärfste zu unterscheiden:

a) zwischen einem praejudicium. „das aus einem Prozeß für einen anderen auch schon anhängigen Prozeß entsteht“[13]). Dieses nennt Bülow Präjudizialdekret[14]);

b) und einem praejudicium, „das aus einem Prozeß für einen anderen noch gar nicht angestellten, sondern erst in der Zukunft möglichen Prozeß erwächst“; nur dieses ist Präjudizialeinrede zu nennen.

Jede der beiden Arten des praejudicium ist ein für sich gesondertes Rechtsinstitut, das vollkommen eigene Funktionen zu verrichten hat.

---

[6]) §§ 41—43 bes. S. 201 ff.

[7]) § 171.

[8]) § 33 S. 118.

[9]) S. 705—716.

[10]) Verh.

[11]) her pet.

[12]) Prozeßeinreden und de praej. exc. S. 52; völlig zustimmend Renaud § 152 S. 401–403; nur zum Teil J. W. Planck in der KVS XI bes. S. 188 u. 189; vgl. auch v. Bethm.-Hollw. Zivproz. II § 99 S. 400–403, bes. S. 401 Anm. 78.

[13]) Bülow S. 121.

[14]) Bülow S. 122.

Das Präjudizialdekret ordnet die Konkurrenz mehrerer Prozesse, die Prajudicialeinrede die mehrerer Klagerechte[15]). Das Präjudizialdekret ist prozessualischer, die Präjudizialeinrede materiellrechtlicher Natur, und so verfolgt auch jedes Institut verschiedene Zwecke.

Das Präjudizialdekret muß die Prozeßleitung von Amtswegen und zwar stets berücksichtigen. Der unwichtigere Prozeß ist bis zur Erledigung des wichtigeren zu sistieren (differre, sustinere)[16]). So Paulus libro primo sententiarum[17]):

per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet; major enim quaestio minorem causam ad se trahit.

Diese lex ist, wie Bülow[18]) sagt, die Kardinalstelle für die Lehre vom Präjudizialdekret[19]).

Die Präjudizialeinrede findet dagegen nur auf Antrag des Beklagten Berücksichtigung, und zwar auch nur ausnahmsweise. Es gibt keine allgemein giltige Regel für die Präjudizialeinrede wie für das Präjudizialdekret.

2. Ja, es ist sogar zu behaupten[20]): es gibt keine generelle Präjudizialeinrede, sondern nur eine ganz bestimmte geringe Zahl, nämlich drei Präjudizialeinreden. Während das Präjudizialdekret von den römischen Juristen sehr oft genannt wird und einen absolut generellen Charakter trägt, ist die Präjudizialeinrede eine lediglich spezielle Maßregel. Sie wird überhaupt nur achtmal in den Quellen erwähnt.

1. l 1 § 1 D 10, 2[21]);
2. Gajus inst. IV, 133;
3. l 25 § 17 D 5, 3;

---

[15]) vgl Bülow S. 164; 210; zustimmend J. W. Planck in KVS. XI S. 183.

[16]) vgl. l 7 pr u. § 1 D 5. 3; differendum u. sustinentur.

[17]) D. 5, 1, 54.

[18]) Prozeinr. S. 157.

[19]) vgl. dagegen J. W. Planck in KVS XI S. 178 ff und unten § 5.

[20]) so Bülow S. 181; 184[75]; 188; zutimmend Renaud § 152 S. 403; Dagegen bes. Wetzell S. 811[65] u. von Bethm.-Hollw. Zivproz. § 152 S. 403.

[21]) vgl. Bülow S. 168.

4. l 12 pr C 3, 3;
5. l 13 D 44, 1;
6. l 16 eodem;
7. l. 18 eodem;
8. Cic de inv. II 20 § 59 und 60.

Nur folgende drei Einzelfälle sind in den acht Stellen behandelt:

a) Der Fall der exceptio, quod praejudicium hereditati (Nr. 1—5),

b) fundo (Nr. 6—7),

c) in reum capitis (8) non fiat.

Die bedeutendste unter ihnen ist die erste, die auch vorbildlich für die beiden anderen gewesen ist. Die letzte ist zur Zeit der klassischen Juristen bereits verschwunden, und zwar deshalb weil sich Straf- und Privatrecht allmählich von einander sonderten.

§ 4.

Die Voraussetzungen der exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat.

Nur unter bestimmten Voraussetzungen konnte diese exceptio in die Formel eingefügt werden. Die ziehen um das Anwendungsgebiet der exceptio enge Grenzen.

I. Beide Parteien müssen Erbprätendenten sein. Die exceptio richtet sich nur gegen den petitor hereditatis, nicht etwa gegen einen Legatar. So sagt auch Gajus inst. IV, 133 ausdrücklich, daß sie locum habet, cum petitor hereditatis alio genere judicii praejudicium hereditati faciat.

II. In dieser Stelle ist zugleich die zweite Voraussetzung der Einrede enthalten. Sie ist nämlich nur zulässig, cum petitor hereditatis alio genere judicii praejudicium hereditati faciat, veluti cum res singulas petat; also ein zur Erbschaft gehörender Gegenstand muß mit einer anderen als der Erbschaftsklage eingeklagt werden, obwohl die hereditatis petitio auch statthaft ist. Als solche Klagen kommen die rei vindicatio,

die actio familiae erciscundae (vgl. D 10, 2, 1, 1) oder eine Schuldklage u. a. in Betracht[1]).

III. Ferner ist erforderlich, daß sich der Beklagte im Besitz des Nachlasses befindet. Die Einrede greift nicht Platz, wenn der Kläger das Streitobjekt im Besitz hat. So sagt Gajus libro septimo ad edictum provinciale[2]):

quae quidem actio (sc. fam. erc.) nihilominus ei quoque ipso jure competit, qui suam partem non possidet; sed si is, qui possidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem.

Der Kläger ist selbst im Besitz des streitigen Erbteils, kann also nicht die hereditatis petitio anstellen, andererseits aber durch die Einrede auch nicht zur Erhebung der hereditatis petitio gezwungen werden[3]).

IV. Beklagter ist, und das ist die vierte Voraussetzung, sowohl der pro herede possessor als auch der pro possessore possessor. Francke[4]) sagt zwar, daß „eine solche Begünstigung dem widerrechtlichen Okkupanten, dem Dieb und Räuber niemals zuteil geworden" wäre. Aber die herrschende Meinung stimmt ihm nicht bei[5]).

Nach Voraussetzung II hat der Beklagte die Einrede nur, wenn auch zugleich gegen ihn die hereditatis petitio zulässig ist. Diese geht aber gegen den pro herede possessor ebenso wie gegen den pro possessore possessor, und so haben auch beide die Einrede[6]).

---

[1]) vgl. Francke S. 86, 87 und 95; Bülow S. 214[111].

[2]) D 10, 2, 11 § 1.

[3]) vgl. Dernburg, Verh.; Bülow Prozesseinrede S. 214[112]; Francke S. 95.

[4]) S. 144.

[5]) vgl. u. a. Dernburg Verh. S. 52; Förster-Eccius S. 640[12].

[6]) Eine genauere Darstellung des Streites würde an dieser Stelle zu weit führen. Vgl. des Näheren Windscheid III. § 614; bes. Anm. 3 und 4 daselbst.

B.

Die Zwecke der exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat im besonderen.

§ 5.

Die bisherigen umfangreichen Ausführungen sind meines Erachtens unbedingt erforderlich, um dem eigentlichen Gegenstande der vorliegenden Bearbeitung die notwendige Grundlage zu geben, keineswegs aber entbehrlich.

Was nun die Zwecke selbst anbetrifft, welche die exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat verfolgte, so sind diese ebenfalls umstritten.

Im Kernpunkt wurzelt auch hier der Streit in dem Unterschied zwischen Präjudialdekret und Präjudizialeinrede.

I. 1. Zu den Vertretern dər veralteten Theorie gehört, wie erwähnt, vor allem J. W. Planck [1]).

Er geht von der l 54 D 5, 1 aus:

per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet.

Diese Regel — einer wichtigeren Sache darf durch eine minder wichtige nicht präjudiziert werden — soll in allen Präjudizialfällen Anwendung finden [2]).

Seinen Gegnern Leist [3]), Brackenhöft [4]) Puchta [5]) u. a., stimmt Planck [6]) darin bei, daß „die zweckmäßige Anordnung der Reihenfolge mehrerer Prozesse“ es veranlasse, wenn „der Streit über ein bedingendes Rechtsverhältnis voraufgehe vor dem Streit über das bedingte;“ ferner darin, daß die Institute, die dafür sorgten, ne per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieret, vielfach den Zweck verfolgten, diese Reihenfolge zu bewirken. Planck bestreitet aber, daß dies der wirk-

[1]) S. 178 ff.

[2]) Wie bereits erwähnt, sieht Bülow in dieser lex gerade die Kardinalstelle für das Präjudizildekret und nur für dieses.

[3]) de praej. § 5.

[4]) S. 374 ff.

[5]) Bd. II. S. 158.

[6]) S. 200.

liche Zweck dieser Institute gewesen sei. Er behauptet vielmehr „daß nur zufällig der angegebene Zweck dadurch zugleich erreicht werde.“ Der eigentliche Zweck sei vielmehr der, daß der minder wichtigen Sache die wichtigere vorausgehen sollte.

Eine major causa[7]) ist aber eine solche, die

1. vor höhere Richter gehört,
2. einen größeren inneren Wert hat.

Major causa ist sonach die hereditatis petitio gegenüber allen „Rechtsstreitigkeiten, in denen das Erbrecht meist nur inzidenter Gegenstand der Untersuchung sein könnte[8]).“

Der Zweck der exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat ist nunmehr der[9]): alle übrigen Streitigkeiten sollen bis zur Entscheidung der hereditatis petitio vor dem Zentumviralgericht unterbleiben, damit nicht ein prajudicium entsteht, dem sich das Zentumviralgericht eventuell anzuschließen gezwungen sehen könnte[10]): esset enim iniquum per unius rei petitionem hereditati praejudicium fieri[11]).

2. Plancks Theorie bestreitet aufs lebhafteste Dernburg[12]). Er kennt schon einen materiellen Zweck. Indessen behauptet er, entsprechend seiner Befangenheit in der Verwechslung von Präjudizialdekret und Präjudizialeinrede, noch prozessuale Zwecke.

a) Wie schon erwähnt, hatte der Erbschaftskläger sowohl die Universalklage auf die Gesamtheit der Erbschaft als auch Singularklagen, mit denen er die einzelnen Vermögensstücke aus der Erbschaft von dem Erbschaftsbesitzer herausverlangen

---

[7]) Bülow (S. 219[119]) stimmt Plancks Ansicht entsprechend dem Begriff des Präjudizialnexus mit Recht insoweit bei, als ihn Planck auf das Präjudizialverhältnis zwischen zwei wirklichen Prozessen beschränkt. Nicht darf dieser Begriff auf das Präjudizialverhältnis zwischen zwei Klagerechten ausgedehnt werden.

[8]) J. W. Planck S. 226.

[9]) vgl. auch Dernburg Verh. S. 9—11.

[10]) vgl. dagegen bes. Leinweber, S. 37 und 38.

[11]) wie Planck S. 208[11] den abgerissenen Satz von Gajus inst. IV § 133 ergänzt.

[12]) Verh. § 1.

konnte. Wenn nun der Kläger mit den Einzelklagen gegen den Erbschaftsbesitzer vorging, so konnte die Lage des Beklagten äußerst unangenehm werden: er mußte vielleicht unnötigerweise oft vor Gericht erscheinen, mußte sich auf eine Reihe von Klagen einlassen, die mit aller Wahrscheinlichkeit vor verschiedenen Richtern verhandelt wurden, ja, es lag die Möglichkeit sogar sehr nahe, daß die Urteile der verschiedenen Richter einander widersprachen. All diese Unbequemlichkeiten konnte der Beklagte vermeiden, indem er die exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat erhob.

Daraus ergibt sich ohne weiteres der Zweck[13]): dadurch daß der Kläger veranlaßt würde, die hereditatis petitio anstatt der Einzelklagen anzustellen, sollte verhindert werden, daß der Beklagte durch eine Menge von Singularklagen belästigt werde.

So Gajus inst, IV § 133: qualis illa erat praescriptio: ea res agatur, si in ea re praejudicium hereditati non fiat; quae nunc in speciem exceptionis deducta est et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere judicii praejudicium hereditati faciat, veluti cum singulas res petat; esset enim iniquum, si singulis judiciis vexaretur[14]).

So sagt auch Ulpian[15]) von dem Beklagten: ne singulis judiciis vexaretur[16]).

b) Außer der Vermeidung einer Belästigung des Beklagten durch mehrere Einzelklagen verfolgte nach Dernburgs Ansicht

---

[13]) Vgl. Fr. Mommsen S. 348 § 320. Brinz § 401 S. 233. Köppen S. 306. Unger § 53 S. 245 f. Vangerow § 508 Anm. 2. Dernburg Pand. III § 174, 1.

[14]) Anders, wie schon erwähnt, Planck S. 208 11.

[15]) D 5, 3, 13, 4.

[16]) Eine ganz falsche Ansicht über diese Stelle hat Francke (S. 152), indem er glaubt, in dem Satze ne . . . . vexaretur wäre Subjekt petitor hereditatis und nicht reus. Veranlassung zu diesem Irrtum gaben ihm offenbar die Scholien zu den Basiliken (libr. XLI tit. 1, 13 schol. 7), wo diese Stelle auch schon falsch aufgefaßt worden ist: ne verus hereditatis dominus, si singulas res vindicare cogatur, pluribus judiciis vexaretur. Gegen Francke vgl. Köppen S. 3065; Brinz § 400 N. 68; Pfersche S. 379 u. 3791.

auf prozessualem Gebiet die exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat noch einen anderen Zweck:

Während nämlich die Singularklage vor einem judex verhandelt wurde, fiel die hereditatis petitio einem höheren Gericht, dem Zentumviralgericht, zu. Der Zweck der exceptio war nun der, daß dieses Gericht, welches wegen seiner hervorragenden Tüchtigkeit das höchste Ansehen in Rom besaß und infolgedessen für die wichtigsten Klagen allein zuständig war, ohne den Willen des Beklagten nicht umgangen werden sollte, indem der Kläger Einzelklagen anstrengte, die vor Einzelrichter gehörten. Naturgemäß lag es dem Beklagten daran, den Prozeß möglichst immer vor den Gerichtshof der Zentumvirn zu bringen, da dieser ihm die größere Sicherheit bot, den Prozeß zu gewinnen, sofern es überhaupt möglich war, ihn zu gewinnen. Denn viele Augen — die der Zentumvirn — sehen mehr als wenige — die des Einzelrichters.

Diese Rücksicht auf das Zentumviralgericht erwähnt Justinian in C 3. 31 c. 12:

magnitudo etenim et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi[17]).

Aber auch in der Provinz, wohin sich der Einfluß des Zentumviralgerichts nicht erstreckte, hatte der Beklagte die exceptio[18]). Und auch in späterer Zeit, als der Einfluß des Zentumviralgerichts verschwand, behielt man die exceptio bei.

Der Hauptzweck der exceptio auf prozessualem Gebiete bleibt also der: sie soll den Beklagten davor schützen, ne singulis judiciis vexaretur.

II. Insoweit ist Dernburg und mit ihm Fr. Mommsen, Francke, Brinz, Köppen, Unger, Vangerow u. a.[19]) nicht beizupflichten, als sie glauben, die exceptio verfolge prozessuale Zwecke. Soviel ihre Ausführungen auch für sich haben, was ohne Zweifel zugegeben werden muß, so sind sie dennoch nicht

[17]) vgl. Francke S. 85.

[18]) vgl. C 1 § 1 D 10, 2, die dem Kommentar des Gajus zum Provinzialedikt entnommen ist.

[19]) vgl. oben Anm. 13.

zu billigen. Denn sie begehen den schwerwiegenden Fehler der Verwechselung von Präjudizialdekret und Präjudizialeinrede. Das Präjudizialdekret gehört, wie gesagt, dem Prozeßrecht an, die Präjudizialeinrede dem materiellen Recht. Also können auch die Zwecke der Einrede nur materiellrechtliche sein.

Tatsächlich gibt es aber nicht mehrere, sondern nur einen Zweck der Einrede. Der Darstellung Dernburgs[20]) hinsichtlich dieses Zweckes ist vollkommen beizutreten[21]).

Wer mit der hereditatis petitio belangt wird, hat bekanntlich ganz andere Leistungen zu machen, als jemand, der mit der rei vindicatio zur Herausgabe von einzelnen Teilen des Nachlasses gezwungen wird.

In Ansehung der Verwendungen[22]) ist die Stellung des Beklagten bei der hereditatis petitio erheblich günstiger als bei der rei vindicatio. Ursprünglich wurde zwischen bonae fidei possessor und malae fidei possessor nicht unterschieden. Erst das S. C. Juventianum[23]) vom Jahre 129 nach Christus betonte diesen Unterschied hinsichtlich der hereditatis petitio.

Bei ihr hat der redliche Erbschaftsbesitzer Anspruch auf Ersatz aller bis zur Klageanstellung gemachten Auslagen, auch der impensae voluptuariae. Von der litis contestatio an erhält er die notwendigen und die nützlichen ersetzt.

Der unredliche Erbschaftsbesitzer bekommt nur die notwendigen und die nützlichen Aufwendungen erstattet, bezüglich der impensae voluptuariae hat er ein jus tollendi.

Bei der rei vindicatio dagegen kann der redliche Besitzer nur die notwendigen und die nützlichen Verwendungen ersetzt verlangen und hat ein jus tollendi für die luxuriösen.

Dem unredlichen Besitzer werden nur die notwendigen Auslagen erstattet.

---

[20]) Verh. S. 12 ff.

[21]) vgl. Bülow S. 200. Francke S. 85 ff. Unger S. 246. Arndts Pand. § 534.

[22]) D 5, 3, 31, 1; vgl. auch Francke S. 356 f. und BGB. § 2022 i. V. m. § 996.

[23]) D 5, 3, 20, 6.

Hinsichtlich der Früchte ist die Haftung bei der hereditatis petitio strenger als bei der rei vindicatio[24]), u. zw. insofern als der bonae fidei possessor bei der rei vindicatio die vor der litis contestatio verbrauchten Früchte behält (fructus consumtos suos facit), bei der hereditatis petitio ersetzen muß, soweit er zur Zeit des Urteils noch etwa bereichert ist.

Für den malae fidei possessor gibt es keinen wesentlichen Unterschied.

Der leitende Gedanke ist der, daß der Erbschaftsbesitzer nach Herausgabe der Erbschaft weder Nutzen noch Schaden haben soll.

So heißt es in dem oben angeführten S. C. Juventianum: eos autem, qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat (sc. comdemnandos) quo locupletiores in ea re facti essent[25]).

Der mit einer Einzelklage Belangte wird demnach die Einrede naturgemäß nur dann gebraucht haben, wenn sie ihm von Vorteil war; ein Vorzug, der dem Beklagten vom BGB.[26]) versagt ist[27]).

Der eigentliche Zweck ist nunmehr ersichtlich: dem Beklagten soll die günstigere Stellung, die er bei der hereditatis petitio einnimmt, erhalten bleiben, dem Kläger aber die Möglichkeit genommen sein, den Beklagten um diese Vorteile zu bringen[28]).

Wenn dies auch zweifellos der Hauptzweck, so fragt sich doch, ob es der einzige Zweck gewesen ist, den die Einrede verfolgte.

Es fragt sich nämlich, wie Bülow meint, ob nicht die an und für sich **freie** Wahl des Klägers zwischen zwei konkurrenten Klagen ausnahmsweise bei einem Erbschaftsstreit auf die hereditatis petitio **beschränkt** werden sollte. Das ist sehr wohl

---

[24]) Ebenso BGB. § 2020 i. V. m. § 993.
[25]) D 5, 3, 20, 6 c am Ende.
[26]) § 2029.
[27]) Vgl. unten.
[28]) Vgl. Bülow S. 205.

einzusehen. Aber dieser Zweck läuft doch auf den ersten hinaus: es wird verhindert, daß der Beklagte, **eben wenn** er durch die Einrede den Erbschaftskläger auf die hereditatis petitio verweist, aus seiner günstigen Rechtslage verdrängt wird; **dadurch dass** der Erbschaftsbesitzer den Kläger zur Erhebung der Universalklage zwingt, behält er seine günstige Lage. Diese Beschränkung ist meines Erachtens nur ein Nebenzweck, nur von untergeordneter Bedeutung, und wird mit dem Hauptzweck zugleich erreicht. Sicherlich geht Bülow[29]) zu weit, wenn er behauptet, die Beschränkung wäre die „ausschließliche Bestimmung" der Einrede gewesen. Vielmehr bleibt nach meiner Ansicht der **einzige** und wirkliche Zweck der oben genannte: es soll verhindert werden, daß der mit einer Einzelklage belangte Erbschaftsbesitzer, wenn die hereditatis petitio **auch** zulässig ist, durch die Einzelklage gegenüber der Universalklage in eine ungünstigere rechtliche Stellung gebracht wird[30]).

III. Dieser Zweck der Einrede hat aber solche Kraft, daß er es sogar einem dritten erlaubt, sich ihrer gegen eine Klage zu bedienen, die nur den Erfolg haben würde, den Erbschaftsbesitzer zu einer Leistung zu zwingen, welche er gegenüber der hereditatis petitio nicht nötig hätte.

Die Einrede will den redlichen, aber allerdings nur den redlichen Erbschaftsbesitzer in jedem Falle schützen, sogar mittelbar, indem sie unmittelbar einen dritten schützt.

Hat nämlich der Erbschaftsbesitzer, in diesem Falle aber eben ausschließlich der redliche, einen Erbschaftsgegenstand verkauft, so soll er nur die Bereicherung herausgeben müssen. Es kommt hier wieder der oben erwähnte vom S. C. Juventianum ausgesprochene leitende Gedanke zum Ausdruck: . . . quo locupletiores . . . facti essent.

Der redliche Erbschaftsbesitzer soll zur Herausgabe des bereits verbrauchten Kaufpreises nicht gezwungen werden können.

---

[29]) S. 221.

[30]) Vgl. auch Windscheid, III, § 616 Nr. 1.

Deshalb steht in diesem Falle dem Dritten, dem Käufer, die Einrede gegen die rei vindicatio des Erben zu, wenn der Käufer einen Regreß gegen den Erbschaftsbesitzer hat[31]).

So Ulpianus[32]) libro quinto decimo ad edictum:

Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emtore possit? et si vindicet, an exceptione non repellatur „quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit?“ . . . . et puto posse res vindicari, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent[33]).

§ 6.

Das Anwendungsgebiet der hereditatis petitio einerseits und der erbschaftlichen Singularklagen andererseits.

Wie bereits erwähnt, gestaltet sich die Rechtslage des Beklagten verschieden, je nachdem die Universalklage oder die Singularklagen gegen ihn Platz greifen. Welche Klage aber zulässig ist, richtet sich danach, was für ein Recht der Beklagte sich an der streitigen Sache beimißt.

I. Die hereditatis petitio ist, wie in der Einleitung hervorgehoben, nur gegen den pro herede possessor und den pro possessore possessor gegeben. Wegen der großen Bedeutung dieser Klage ist für sie der vornehmste Gerichtshof der Römer, das Zentumviralgericht, allein zuständig. Mit ihr als der dinglichen Universalklage erreichte der Kläger, wenn er der

---

[31]) Vgl. Windscheid, III, § 612[15]; I, § 186[16].

[32]) D 5, 3, 25, 17.

[33]) Das „nec pretio sit locupletior“ ist im Sinne des S. C. Juv. zu verstehen: soweit er nicht mehr bereichert ist.

Ein Grund. das nisi in licet zu verwandeln, wie Francke (S. 302) will, liegt m. E. nicht vor; ebensowenig scheint es nötig, anzunehmen daß der Satz „nisi . . . . habent“ „non videtur esse Ulpiani“, wie Th. Mommsen in seiner Pandektenausgabe zu der C 25 § 17 l. c. bemerkt. Vgl. auch Gradenwitz, S. 80.

Über diese sehr schwierige und sehr bestrittene Stelle siehe noch bes. Dernburg, Verh. S. 95, Vangerow, § 508, Anm. I, 3, Brinz, § 401[19], Francke, S. 302 ff., Köppen, S. 307—309 Anm. 5.

wirkliche Erbe war, daß der Beklagte den Nachlaß in seiner Gesamtheit herauszugeben hatte.

Indessen, ob der Beklagte pro herede possessor oder pro possessore possessor zu sein behauptete oder nicht behauptete, konnte der Kläger nicht ohne weiteres wissen. Davon hing das Obsiegen des Klägers ab, da er die actio, die er anstrengen wollte, genau bezeichnen mußte. Tat er dies nicht oder wählte er eine falsche actio, so wurde er abgewiesen. Demgemaß erlaubte der Prätor dem Kläger, durch eine interrogatio in jure[1]) sich Gewißheit darüber zu verschaffen, welches Recht sich der Beklagte an der streitigen Sache anmaßte. Durch die interrogatio in jure wurde der Beklagte zu einer bindenden Erklärung über sein vermeintliches oder ihm tatsächlich zukommendes Recht an dem Streitgegenstand veranlaßt.

II. Stellte sich bei der interrogatio in jure heraus, daß der Beklagte nicht pro possessore oder pro herede besaß, so war die Erhebung der entsprechenden Singularklage am Platze. Sie richtete sich gegen jemand, der als Eigentümer oder Nießbraucher oder Pfandgläubiger oder aus einem ähnlichen Verhältnis, also titulo singulari jedenfalls, eine Sache in Besitz hatte, und gehörte, abgesehen von der rei vindicatio, über die auch das Zentumviralgericht, wie überhaupt über alle Vindikationen[2]), entschied, nur vor einen einzelnen Richter.

---

[1]) C 3, 31, 11.

[2]) Wie die R. V. die Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer, so ist die H. P. die Klage der nichtbesitzenden Erben gegen den besitzenden Nichterben. Sie ist als vindicatio hereditatis ein Seitenstück der R. V. Dies zeigt sich schon in der Zusammenstellung der entsprechenden Titel in den Quellen:

D 5, 3 de H. P.
D 6, 1 de R. V.
C 3, 31 de P. H.
C 3, 32 de R. V.

Zweiter Teil.

Wie wird der Zweck, den die exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat verfolgte, im heutigen Recht erreicht?

A. Geschichtliches.

§ 7

I. Wie das römische so kennt auch das deutsche Recht eine Erbschaftsklage, eine clage von erbes wegene. Auch sie geht wie die römische hereditatis petitio nach römischer Sprechweise gegen den pro herede possessor [1]) und den pro possessore possessor. Sie hat in sofern eine gewisse „Verwandtschaft," wie Laband sagt, mit der hereditatis petitio. Aber andererseits weicht die clage von erbes wegene doch erheblich von der römischen Klage ab. Denn beide beruhen auf ganz verschiedener Grundlage. Während nämlich die hereditatis petitio sich auf das Eigentum des Erblassers stützt, legt die deutsche Klage keinen Wert darauf, ob der Erblasser Eigentümer gewesen ist oder nicht. Das Fundament der clage von erbes wegene ist vielmehr nur die „Behauptung, daß der Kläger ein besseres Recht wie der Beklagte habe, die Sache aus dem Nachlaß zu nehmen." [2]) Behauptet der Beklagte, daß er die umstrittene Sache titulo singulari habe, so kann er nur mit der darauf bezüglichen Einzelklage belangt werden. [3])

---

[1]) vgl. Laband S. 360, Häusler S. 539, Endemann S. 535.

[2]) Laband S. 360 u. 361.

[3]) vgl. Endemann S. 535.

Aber von einer Einrede, ähnlich der römischen exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat, weiß das deutsche Recht nichts.

II. Für das gemeine Recht dagegen, das am römischen Recht bezüglich des Zwecks der Einrede nichts geändert hat[4]), gilt das oben § 5 II sich ergebende Resultat. Auch nach gemeinem Recht sollte der beklagte Erbschaftsbesitzer durch die Singularklage nicht schlechter gestellt werden, als er der hereditatis petitio gegenüber stand; dazu diente ihm diese Einrede.

III. Im Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten ist die Erbschaftsklage im 9. Titel des ersten Teils und daselbst am Ende des achten Abschnitts, der von der Erwerbung der Erbschaft handelt, in § 498 nur sehr kurz abgetan[5]).

Dieser § 498 lautet:

„Doch muß auch der redliche Besitzer der Erbschaft, „der die Substanz ganz oder zum Teil gegen Entgelt veräußert „hat, dem wahren Erben für den daraus gelösten Wert gerecht „werden."

Wie aus ALR. I, 5 § 3 ersichtlich, meinten seine Verfasser, „daß[6]) die Regeln über die Eigentumsklage auch für die Erbschaftsklage ausreichten." § 498 ist, um mit Leonhard[7]) zu sprechen, „in schmucklosem Gewande der dürftige Überrest der römischen hereditatis petitio."

Zu weit geht Koch[8]), wenn er anstelle der Erbschaftsklage „ein leeres Blatt" gefunden zu haben glaubt, und Eck[9]) der Kochs Ansicht teilt[10]).

Eine Einrede aber wie die römische ist dem ALR. wie dem deutschen Recht unbekannt. „Der Erbe kann sich also auf sein Eigentum an der einzelnen im Besitz des Beklagten

---

[4]) vgl. Bülow S. 222[121] u. S. 200.

[5]) Förster-Eccius § 279, Dernburg, preuß. Priv.-R. § 230.

[6]) Eck S. 46.

[7]) S. 107.

[8]) S. 1198.

[9]) S. 46.

[10]) Gegen diese Ansicht bes. Leonhard S. 107 u. 108 u. Förster-Eccius § 179 S. 638.

befindlichen Sache berufen, ohne daß er aus dem Grunde, weil der Beklagte noch andere Sachen pro herede oder pro possessore besitzt, zurückgewiesen werden müßte“ [11]).

IV. Ähnlich knapp behandelt der Code civil die Erbschaftsklage. Man hatte sich eine solche „teils aus allgemeinen Grundsätzen, teils aus Analogien“ [12]) „zurecht gemacht,“ wie Leonhard [13]) mit einem köstlichen Wort bemerkt. Von einer speziellen Darstellung der Erbschaftsklage ist nirgends die Rede. Überhaupt findet sich der Ausdruck pétition d'hérédité [14]), im ganzen Code civil nur einmal, nämlich in libre I, titre IV, chapitre III, section II, article 137:

„Les dispositions des deux articles précédents auront lieu „sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres „droits, lesquels compéteront à l'absent, ou à ses représentants „ou ayants-cause; et ne s'éteindront que pour le laps de temps „établi pour la prescription.“

Nach dem Code civil gibt es also keine exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat, und so ist auch ihr Zweck für ihn bedeutungslos.

V. Wohl aber kennt das „Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie“ in § 823 eine Erbschaftsklage [15]):

„Auch nach erhaltener Einantwortung kann der Besitz„nehmer von jenem, der ein besseres oder gleiches Erbrecht „behauptet, auf Abtretung oder Teilung der Erbschaft belangt „werden. Das Eigentum einzelner Erbschaftsstücke wird nicht „mit der Erbschafts-, sondern der Eigentumsklage verfolgt.“

Hiernach kann also der Beklagte „verlangen, daß ihm die Erbschaft nicht stückweise abgefordert wird [16]).“ Das österreichische

---

[11]) Förster-Eccius, S. 641.
[12]) Zachariae-Crome § 626 Anm. 1, S. 105.
[13]) S. 108,
[14]) vgl. Zach.-Cr. oben Anm. 13.
[15]) vgl. Zeiller, S. 867 ff.
[16]) Unger § 53 S. 246.

B. G. B. kennt demnach eine solche Einrede, und diese wird auch denselben Zweck verfolgt haben wie ihr Vorbild, die römische exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat[17]).

VI. In dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen ist die Erbschaftsklage in Teil 5, Abt. 4, Abschnitt 5, §§ 2291—2323 umfangreich geordnet. Bei dieser Ausführlichkeit fehlt naturgemäß auch nicht eine Einrede zu Gunsten des (allerdings nur redlichen!) Erbschaftsbesitzers, ähnlich der römischen Einrede. Sie findet sich in § 2318:

„Derjenige, der die Erbschaft in redlichem Glauben besitzt, „kann, wenn er von den Erben auf Herausgabe einzelner erb„schaftlicher Gegenstände durch eine andere Klage als die „Erbschaftsklage in Anspruch genommen wird, verlangen, daß „er nicht zu einem mehreren verurteilt wird, als wozu er ver„urteilt werden könnte, wenn die Erbschaftsklage wider ihn „angestellt würde. Dasselbe Recht steht jedem andern zu, „dem der redliche Besitzer für Entwehrung haftet."

Die Einrede aus diesem § 2318 verfolgt denselben Zweck wie die römische. Auch hier soll der (wenn auch nur redliche) Erbschaftsbesitzer durch die Einzelklagen nicht in eine ungünstigere Lage gebracht werden als durch die Erbschaftsklage[18]).

VII. Die Vorarbeiten zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch greifen auf das römische Recht zurück.

1. Der Entwurf I geht von dem S. C. Iuventianum aus: der Erbschaftskläger, der zwischen hereditatis petitio und Einzelklagen die Wahl hat, soll durch die Einzelklagen den Erbschaftsbesitzer nicht in eine ungünstigere Rechtslage bringen und demgemäß bestimmt § 2088 des Entwurfs I:

„Wenn der Erbe gegen denjenigen, der als Erbschafts„besitzer in Anspruch genommen werden kann, den in An„sehung eines einzelnen Erbschaftsgegenstandes ihm zustehenden

---

[17]) **Unger** § 53.

[18]) Vgl. auch §§ 2319—2320 und 2314—2317 des sächs. B. G. B. und **Siebenhaar**, S. 30.

„besonderen Anspruch geltend macht, so kann der Erbschafts-
„besitzer verlangen, daß seine Verpflichtungen nach Maßgabe
„der für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften beurteilt
„werden."

Hiernach hat der beklagte Erbschaftsbesitzer ebenfalls eine Einrede wie die römische. Nur, wenn der Beklagte es „verlangt", soll er nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch haften. Der Zweck dieser Einrede ist derselbe, wie bei der alten römischen exceptio: der Kläger soll nicht die Möglichkeit haben, den Beklagten um die Vorteile zu bringen, die ihm die hereditatis petitio gewährt. Ebenso wie im römischen und gemeinen Recht kann auch nach dem Entwurf I der Kläger die Wahl zwischen der Erbschaftsklage und den Einzelklagen ausüben. Das Interesse des Beklagten bleibt immer noch „voll gewahrt", wie es in den Motiven[19]) heißt.

Während aber nach römischem Recht die Einrede, wenn sie der Erbschaftsbesitzer erhob, die angestellte Einzelklage vernichtete, bleibt nach dem § 2088 des Entwurfs I die angestrengte Einzelklage bestehen; nur sollen die Verpflichtungen des Erbschaftsbesitzers nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch (§ 2080 ff) beurteilt werden.

Die Einrede wird der Beklagte nur dann gewählt haben, wenn sie ihm Vorteil versprach. Daher mußte man es seiner Initiative überlassen, ob er der Einrede sich bedienen wollte oder nicht[20]).

2. In dem Entwurf II hat die Vorschrift des § 2088 des Entwurfs I das Gewand der Einrede abgestreift. Wie aus den Protokollen[21]) hervorgeht, war beantragt worden, entweder § 2088 zu streichen oder ihn wie folgt abzuändern:

„Die Haftung des Erbschaftsbesitzers bestimmt sich auch
„gegenüber den dem Erben in Ansehung der einzelnen Nachlaß-

[19]) Bd. V. S. 593.
[20]) Mot. V. S. 592.
[21]) Bd. V. S. 722 f.

„gegenstände zustehenden Ansprüchen nach den Vorschriften „des § 2080 Abs. 3 und der §§ 2083 bis 2085a[22]).“

Der Eventualantrag wurde angenommen und somit der Erbschaftsbesitzer der Einrede beraubt. Nunmehr hat das Gericht von Amtswegen vorzugehen. Inhaltlich gleich[23]) ist die Vorschrift in besserer, wenn auch immer noch schlechter[24]) Form in den Entwurf II aufgenommen worden und lautet als § 1903 des Entw. II in Übereinstimmung mit § 2006 der Bundesratsvorlage und § 2004 der Reichstagsvorlage:

„Die Haftung des Erbschaftsbesitzers bestimmt sich auch „gegenüber den Ansprüchen, die dem Erben in Ansehung der „einzelnen Erbschaftsgegenstände zustehen, nach den Vorschriften „über den Erbschaftsanspruch.“

B. Heutiges Reichsrecht.

§ 8.

I. In unveränderter Gestalt ist die Vorschrift in das Bürgerliche Gesetzbuch als § 2029 übergegangen. Der Zweck ist derselbe geblieben wie bei der römischen Einrede: die Stellung des Erbschaftsbesitzers soll gegengüber der Erbschaftsklage durch die Einzelklagen nicht verschlechtert werden.

Dies gilt besonders bezüglich der Verwendungen (§ 2022 BGB.), die der Erbschaftsbesitzer auf die Erbschaftsgegenstande oder auch sonst „zur Bestreitung von Lasten der Erbschaft oder Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten gemacht hat.“ (§ 2022 Abs. 2). Anders wie bei der Eigentumsklage, wo dem Besitzer nur die „notwendigen“ Aufwendungen ersetzt werden

---

[22]) Diesen §§ des Entw. I entsprechen die §§ 1894 — 1898 des Entw. II.

[23]) abgesehen von § 1897 des Entw. II einerseits und von § 2000 der Bundesratsvorlage, § 1998 der Reichstagsvorlage und § 2023 des BGB. andererseits, betreffend die Haftung des Erbschaftsbesitzers nach der Rechtshängigkeit.

[24]) vgl. Hellwig Zivilprozess. S. 267[62].

(§ 994), hat der Erbschaftsbesitzer ebenso wie im römischen Recht Anspruch auf Ersatz aller Verwendungen[1]).

Erbschaftsbesitzer im Sinne von § 2018 ff. ist aber anders als im römischen Recht nur der pro herede possessor[2]). Ihm gleichgestellt ist, wer die Erbschaft durch Vertrag vom Erbschaftsbesitzer erwirbt (§ 2030).

Während aber das römische Recht seit dem S. C. Juventianum zwischen dem redlichen und dem unredlichen Erbschaftsbesitzer unterschied, schützt das BGB. den redlichen Erbschaftsbesitzer in gleicher Weise wie den unredlichen. Denn auch zu dessen Schaden soll sich der Erbe nicht bereichern[3]).

II. Wenn nun auch der Zweck der Vorschrift des § 2029 derselbe ist wie bei der römischen exceptio, so wird er doch nicht wie im römischen und im gemeinen Recht sowie nach § 2088 des Entwurfs I im Wege der Einrede erreicht, indem es der Jnitiative des Beklagten anheimgestellt wird, ob er sich auf die Einzelklage einlassen will oder nicht. Vielmehr hat das Gericht „von Amtswegen ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien die Grundsätze über den Erbschaftsanspruch anzuwenden", wie die Protokolle[4]) der Kommission für die zweite Lesung ausdrücklich hervorheben[5]).

---

[1]) vgl. Fischer-Henle Anm. 2 zu § 2022. Philler S. 424. Eck III S. 52. Denkschrift S. 274.

[2]) vgl. Fischer-Henle Anm. vor § 2018. Strohal S. 546 I und Anm. 1 daselbst. Kuhlenbeck Anm. vor § 2018 S. 105. Frommhold § 2029 Anm. 2. Hellwig Anspr. S. 53.

[3]) vgl. Fr. Mommsen § 320 S. 349 und Frommhold Anm. 2 zu § 2029. Ferner Fischer-Henle Anm. 1 zu § 2029. Staudinger Anmerk. 1 zu § 2029. Kuhlenbeck Bem. vor § 2018 S. 107 und § 2029 Nr. 1. Boehm § 82 XI. Enneccerus-Lehmann II § 506.

[4]) Bd. V. S. 723.

[5]) so auch Strohal § 96 I S. 571; Hellwig Anspr. S. 60 Anm. 25: „Es gibt keine Einrede aus § 2029"; Hellwig Zivproz. I S. 272; Ennecc.-Lehm. II § 187 S. 506; ferner Fischer-Henle § 2029 Nr. 2, Kuhlenbeck III § 2029 Nr. 1, Staudinger V § 2029 Nr. 1, Frommhold § 2029 Nr. 3 in wörtlicher Übereinstimmung mit den Protokollen; vgl. oben Anm. 4. G. Planck-Ritgen V § 2029 Nr. 1. Langheineken S. 162. Boehm § 82 S. 315.

Gegen die geschlossene Phalanx der herrschenden Meinung wendet sich Matthiaß[6]: das Gericht habe nur auf besondere Berufung des Beklagten auf seinen Erbschaftsanspruch die §§ 2018 ff anzuwenden, nicht schon von Amtswegen. Noch schroffer betont diese Ansicht Leonhard[7]. Beide statuieren also eine Einrede aus § 2029, und Leonhard nennt das Ergebnis seiner Ausführungen „eine Klageänderung durch den Beklagten“[8][9].

a) Naturgemäß müssen die Grundsätze über den Erbschaftsanspruch im Fall des § 2029 auch dann Anwendung finden und von Amtswegen berücksichtigt werden, wenn dies dem Beklagten von Nachteil ist[10]. Also auch in diesem Punkte bedeutet § 2029 eine Änderung gegenüber dem römischen Recht. Denn nach römischem Recht diente die Einrede ausschließlich dem Vorteil des Beklagten, und der Beklagte wird sich ihrer wie gesagt, bloß bedient haben, wenn sie ihm von Nutzen war, während nach § 2029 des BGB. die Haftung des Beklagten auch dann nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch beurteilt wird, wenn er dabei in eine schlechtere Lage kommt.

Dies betrifft namentlich die Stellung des Erbschaftsbesitzers hinsichtlich der Früchte. Denn bei der Erbschaftsklage muß er nach § 2020 auch die Früchte herausgeben oder ersetzen, an denen er das Eigentum erworben hat, insbesondere die Früchte, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag der Sache anzusehen sind. Bei der Eigentumsklage hat das der Beklagte aber nicht nötig (§ 993).

Das soeben Ausgeführte scheint ein Widerspruch mit dem Zweck des § 2029 zu sein, ist es aber in Wirklichkeit nicht; denn es wird wohl kaum vorkommen, daß gegenüber der Eigentumsklage die Nachteile der Erbschaftsklage ihre Vorteile übersteigen.

---

[6]) II § 128.
[7]) S. 119 ff.
[8]) S. 120.
[9]) vgl. darüber Planck-Ritgen § 2029 Nr. 1.
[10]) vgl. Planck-Ritgen § 2029 Nr. 1. Langheineken S. 162 u. a.

b) Es fragt sich nun, ob dann, wenn das Gericht im Fall der Einzelklage von Amtswegen die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch anzuwenden hat, überhaupt die Erbschaftsklage einerseits und die Einzelklagen andererseits neben einander zulässig sind, m. a. W., ob der Erbschaftskläger die Wahl zwischen Erbschafts- und Einzelklage hat.

Das ist sehr bestritten.

Am vorsichtigsten drückt sich Cosack aus[11]), indem er sagt, der Erbschaftsanspruch sei der einzige Anspruch, der dem Erben wider den Erbschaftsbesitzer zustehe. Die Wahl des Erbschaftsbesitzer bestreitet ferner Landsberg[12]); es dürfe nicht mehr den Beteiligten in die Hand gegeben sein, ob sie auf Herausgabeansprüche das Recht der Einzelklage oder des erbschaftlichen Gesamtanspruchs angewandt wissen wollten. Ebenso leugnet Hellwig[13]) das Vorhandensein eines „selbständigen Erbschaftsanspruchs neben den Einzelansprüchen“ und Langheineken[14]), „daß die Einzelansprüche neben dem Erbschaftsanspruch noch beständen.“

Gegen diese Ansicht mit Recht die herrschende Meinung[15]). Ihre Vertreter betonen mit selten genauer Einstimmigkeit, daß die Wahl zwischen der Erbschaftsklage und den erbschaftlichen Einzelklagen dem Kläger sehr wohl freisteht. Auch schon die Denkschrift[16]) „überläßt“ es dem Erben, „ob er den Erbschaftsbesitzer mit der Erbschaftsklage oder den erbschaftlichen Einzelklagen in Anspruch nehmen will.“

c) In gleicher Weise hat das Gericht die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch einem für tot Erklärten oder Tot-

---

[11]) II § 399 S. 770 Nr. III 7.

[12]) II S. 1143.

[13]) Anspr. S. 53; vgl. Ziv. Proz. § 31 S. 212 f.

[14]) S. 162.

[15]) Strohal S. 571 § 96 I und S. 541 § 93 II. Fischer-Henle § 2029 Nr. 2. Frommhold § 2029 Nr. 1. Kuhlenbeck Bem. vor § 2018 S. 107. Neumann § 2029 Nr. 1. Ennecc.-Lehm. II S. 506 Phillер S. 424. Müller-Meickel II S. 686 Nr. 6. Boehm § 82 XI. Endemann III S. 528 und 542 und 543. G. Planck-Ritgen, § 2029 Nr. 4.

[16]) S. 275.

geglaubten gegenüber anzuwenden, wenn dieser mit den Einzelklagen gegen den Erbschaftsbesitzer vorgeht. Dies ist ein Fall der heute sogenannten hereditatis petitio utilis[17]), die das BGB. in § 2031 geregelt hat. Dem römischen Recht war eine solche Bestimmung fremd.

d) Andererseits kennt das BGB. eine ähnliche Vorschrift wie sie das römische Recht in der viel umstrittenen l 25 § 17 D 5, 3 hat, nicht. Zu Gunsten des dritten, der vom Erbschaftsbesitzer Erbschaftsgegenstände erworben hat, werden die Vorschriften der §§ 2018 ff vom Gericht nicht angewendet. Aber der dritte wird auf andere Weise geschützt: wenn er den Veräußerer von beweglichen Sachen für den Erben hielt, dann durch §§ 932 ff. BGB.; war der vermeintliche Erbe im Grundbuch eingetragen, so durch § 892 ff. Besonderes gilt, wenn der dritte mit dem in einem Erbschein als Erben Bezeichneten verhandelt: §§ 2366 f. BGB. Aber überall ist guter Glaube des dritten ebenso wie in der l 25 § 17 D l. c. erforderlich. In anderen Fällen genießt der dritte keinen Schutz. Immer hat er jedoch einen Regreß gegen den Erbschaftsbesitzer.

§ 9.

Erbschaftsklage und Einzelklagen.

I. Im gemeinen Recht war der Zweck der hereditatis petitio in erster Linie die Feststellung des Erbrechts. Daneben sollte der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe des Nachlasses genötigt werden.

Anders das heutige Recht. Der Anspruch des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer richtet sich gemäß § 2018 ff. des BGB. ausschließlich auf Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten. Es steht dem Erben allerdings frei, gemäß § 260 der ZPO. diesen Anspruch mit dem Antrag auf rechtskräftige Feststellung des Erbrechts zu verbinden[1]).

Der Gerichtsstand der Erbschaftsklage bestimmt sich nach § 27 ZPO. Danach können Klagen, welche Ansprüche des

[17]) Vgl. Frommhold § 2031 Nr. 1.

[1]) vgl. Gaub-Stein Anm. III, 2 S. 77 zu § 27.

Erben gegen den Erbschaftsbesitzer zum Gegenstande haben, vor dem Gericht erhoben werden, bei dem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat (forum hereditatis). Hatte der Erblasser seinen allgemeinen Gerichtsstand an mehreren Orten, so ist auch der Gerichtsstand der Erbschaftsklage an mehreren Orten begründet[2]).

II. Erhebt der Erbe aber Singularklagen, in denen Eigentum, ein anderes dingliches Recht oder ein Forderungsrecht auf Grund erbrechtlichen Titels in Anspruch genommen wird, so ist der Gerichtstsand nicht der gleiche, wie bei der Erbschaftsklage. Der Gerichtsstand ist vielmehr verschieden, je nachdem mit welcher Singularklage der Erbe vorgeht. Insbesondere gehören die Singularklagen, die sich auf Rechte an unbeweglichen Sachen beziehen, zum dinglichen Gerichtsstande des § 24 ZPO. (forum rei sitae)[3]).

---

[2]) vgl. Seuffert Anm. 1 zu § 27.

[3]) vgl. Seuffert Anm. 2. zu § 27.

Schlußergebnisse.

Die Resultate der vorliegenden Bearbeitung sind in knapper Form folgende:

Von der Anschauung ausgehend, daß für das römische und das gemeine Recht ein scharfer Unterschied zwischen Präjudizialdekret und Präjudizialeinrede zu machen ist, glaube ich, daß die exceptio, quod praejudicium hereditati non fiat nur den einen Zweck verfolgte: zu verhindern, daß der vom Erben mit einer Einzelklage belangte Erbschaftsbesitzer in eine ungünstigere Rechtslage kommt, als der hereditatis petitio gegenüber. Dieser Zweck wird auch durch das heutige Recht erreicht, aber auf andere Weise; denn während dem römischen Beklagten eine Einrede zur Verfügung stand, hat unter den gegebenen Voraussetzungen nach § 2029 des BGB. das Gericht von Amtswegen die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch anzuwenden.

Lebenslauf.

Ich, Karl-Ehrenfried Fritsch, bin als Sohn des Eisenbahn-Hauptkassen-Rendanten Wilhelm Fritsch und seiner Ehefrau Elise, geborenen Fritsch, am 19. Mai 1883 in Groß-Wartenberg (in Schlesien) geboren. Von Ostern 1892 bis Ostern 1904 besuchte ich das Gymnasium in Oels, welches ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Seit Ostern 1904 studierte ich die Rechtswissenschaft, und zwar das erste Semester in Breslau, das zweite in Königsberg, die folgenden wieder in Breslau. Am 18. Mai 1908 bestand ich die erste juristische Prüfung und am 9. Juli 1908 das mündliche Doktorexamen, beide in Breslau.

Seit dem 17. Juni 1908 bin ich bei dem Königlichen Amtsgericht in Lähn i. R. beschäftigt.